# Beschluss vom 11. Mai 2022, III R 19/20

**Kindergeld vor Abschluss des Asylverfahrens**

ECLI:DE:BFH:2022:B.110522.IIIR19.20.0

BFH III. Senat

EStG § 62 Abs 1 Nr 1, KV/UVEuVorlAbk Art 1 Abs 1 Buchst d, KV/UVEuVorlAbk Art 2 Abs 1 Buchst d, EStG VZ 2016 , EStG § 62 Abs 1 S 1 Nr 1, EGRL 109/2003 Art 3 Abs 2 Buchst c, EGRL 50/2009 Art 3 Abs 2 Buchst b, EURL 98/2011 Art 3 Abs 2 Buchst g, GG Art 3 Abs 1, FlüAbk

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg , 16. Januar 2020, Az: 3 K 1614/17

## Leitsätze

1. NV: Die Regelungen des § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2014 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des VEA und Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls begründen während des laufenden Asylverfahrens keinen Kindergeldanspruch einer später als subsidiär schutzberechtigt anerkannten Person.

2. NV: Weder der verfassungsrechtlich verbürgte Gleichbehandlungsgrundsatz noch das Unionsrecht erfordern es, Personen, denen später subsidiärer Schutz zuerkannt wurde, hinsichtlich der Kindergeldberechtigung während des laufenden Asylverfahrens Flüchtlingen im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention gleichzustellen.

## Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 16.01.2020 - 3 K 1614/17 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## Tatbestand

I.

1 Streitig ist, ob einer später als subsidiär schutzberechtigt anerkannten Ausländerin bereits während des laufenden Asylverfahrens (Streitzeitraum Juli bis November 2016) Kindergeld zusteht.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erbrachte für die Beigeladene bis Dezember 2016 Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Die Beigeladene ist ... Staatsangehörige und Mutter zweier in den Jahren 2013 und 2015 geborener Kinder, die bei der Ermittlung der Höhe der empfangenen Leistungen nach dem AsylbLG berücksichtigt wurden. Nach der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) stellte die Beigeladene am ...11.2015 Asylanträge für sich und ihre Kinder. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) lehnte die Asylanträge mit Bescheid vom ...12.2016 ab, erkannte der Beigeladenen und ihren Kindern aber den subsidiären Schutzstatus zu. Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 2 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) wurden der Beigeladenen und ihren Kindern am ...02.2017 ausgestellt.

3 Die Klägerin machte mit Schreiben vom 21.12.2016 gegenüber der Familienkasse W einen Erstattungsanspruch für die an die Beigeladene erbrachten Leistungen nach dem AsylbLG geltend und beantragte die rückwirkende Gewährung von Kindergeld für beide Kinder. Außerdem legte sie einen Kindergeldantrag der Beigeladenen vor. Mit Schreiben vom 07.03.2017 spezifizierte die Klägerin den Erstattungsanspruch für Juli bis Dezember 2016.

4 Mit Bescheid vom 15.03.2017 setzte die Familienkasse W zugunsten der Beigeladenen Kindergeld für beide Kinder ab Dezember 2016 fest und teilte dieser u.a. mit, dass der Anspruch für den Monat Dezember 2016 in Höhe von

380 € wegen des von der Klägerin geltend gemachten Erstattungsanspruchs als erfüllt gelte. Mit Schreiben vom gleichen Tag übermittelte die Familienkasse W der Klägerin eine Abschrift des Bescheides. Anschließend gab sie den Vorgang an die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) ab.

5 Die Familienkasse lehnte mit Bescheid vom 19.04.2017 die Festsetzung von Kindergeld für den Zeitraum April bis November 2016 ab. Der Einspruch der Klägerin, mit dem sie sich erneut auf einen Erstattungsanspruch für Juli bis November 2016 berief, blieb ebenso erfolglos wie ihre Klage.

6 Zur Begründung der vom Finanzgericht (FG) zugelassenen Revision trägt die Klägerin vor, der Anspruch der Beigeladenen auf Kindergeld ergebe sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung vom 02.12.2014 (EStG 2014) i.V.m. Art. 2 des Vorläufigen Europäischen Abkommens über soziale Sicherheit unter Ausschluss der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen vom 11.12.1953 (VEA) und Art. 2 des Zusatzprotokolls zum VEA --Zusatzprotokoll-- (Gesetz über das VEA vom 07.05.1956, BGBl II 1956, 507). Das VEA sei richtlinienkonform im Sinne einer Gleichstellung von subsidiär Schutzberechtigten mit Flüchtlingen nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) auszulegen. Der nationale Gesetzgeber habe --in Umsetzung der Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Qualifikationsrichtlinie --QRL-- 2011)-- subsidiär Schutzberechtigte beim Kindergeldanspruch den Flüchtlingen gleichgestellt. Die Differenzierung zwischen beiden Gruppen nur für den Zeitraum ab sechsmonatiger Aufenthaltsdauer bis zur Anerkennungsentscheidung stelle einen Systembruch dar und sei nicht sachlich gerechtfertigt, sondern verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG).

7 Die Klägerin beantragt,
das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 16.01.2020 - 3 K 1614/17 aufzuheben und die Familienkasse unter teilweiser Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 19.04.2017 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 16.05.2017 zu verpflichten, gegenüber der Beigeladenen für deren Söhne für den Zeitraum Juli bis November 2016 Kindergeld in der gesetzlichen Höhe festzusetzen und der Klägerin zu erstatten.

8 Die Familienkasse beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

9 Die Beigeladene hat sich im Verfahren nicht geäußert.

## Entscheidungsgründe

### II.

10 Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).

11 1. Die Entscheidung ergeht gemäß § 126a FGO. Der Senat hält einstimmig die Revision für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich. Die Beteiligten sind davon unterrichtet worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

12 Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beigeladenen für den Zeitraum Juli bis November 2016 kein Anspruch auf Kindergeld zusteht und daher auch kein Erstattungsanspruch der Klägerin nach § 74 Abs. 2 EStG i.V.m. § 104 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch besteht.

13 2. Ein Kindergeldanspruch folgt nicht aus § 62 Abs. 2 Nr. 2 EStG 2014. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) war die Beigeladene in den Monaten Juli bis November 2016 noch nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, die ihr die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gestattete und somit zu einem Kindergeldanspruch geführt hätte. Sie erhielt einen Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 2 AufenthG vielmehr erst am ...02.2017 infolge der Entscheidung des BAMF vom ...12.2016, mit der ihr der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden war.

14 Daher war das Revisionsverfahren auch nicht im Hinblick auf die Beschlüsse des Niedersächsischen FG vom 19.08.2013 - 7 K 9/10, 7 K 111/13, 7 K 112/13, 7 K 113/13 sowie vom 21.08.2013 - 7 K 114/13 und 7 K 116/13 (Entscheidungen der Finanzgerichte 2014, 932) auszusetzen, mit dem dieses dem Bundesverfassungsgericht die Frage der Vereinbarkeit des § 62 Abs. 2 EStG mit dem GG vorgelegt hat. Die Frage, ob eine nach Deutschland

eingewanderte Person, die um internationalen Schutz nachsucht, bereits im Asylverfahren wie ein Flüchtling im Sinne der GFK zu behandeln ist, ist in den vom Niedersächsischen FG zu entscheidenden Verfahren nicht streitgegenständlich.

**15** 3. Auch aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2014 in Verbindung mit dem Unionsrecht ergibt sich kein Anspruch der Beigeladenen auf Kindergeld für den Streitzeitraum.

**16** a) Die Richtlinien, welche ein Recht auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats u.a. im Bereich der sozialen Sicherheit vorsehen (Art. 11 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen --Richtlinie 2003/109/EG--, Amtsblatt der Europäischen Union --ABlEU-- 2004 Nr. L 16, S. 44, Art. 14 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.05.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung --Richtlinie 2009/50/EG--, ABlEU 2009 Nr. L 155, S. 17 und Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten --Richtlinie 2011/98/EU--, ABlEU 2011 Nr. L 343, S. 1), sind nicht anwendbar auf subsidiär schutzberechtigte Personen und auf Personen, die subsidiären Schutz beantragt haben und über deren Antrag noch nicht abschließend entschieden worden ist (Art. 3 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2003/109/EG sowie Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2009/50/EG und Art. 3 Abs. 2 Buchst. g der Richtlinie 2011/98/EU). Es kann daher dahinstehen, ob es sich dabei um Regelungen mit unmittelbarer Wirkung handelt, d.h. um solche, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen und die daher nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom Einzelnen dem Mitgliedstaat gegenüber vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden können (vgl. EuGH-Urteile Napoli vom 06.03.2014 - C-595/12, EU:C:2014:128, ABlEU 2014 Nr. C 129, S. 5, Rz 46, und vom 21.11.2018 - C-713/17, EU:C:2018:929, ABlEU 2019 Nr. C 25, S. 13, Rz 37 und 39).

**17** b) Aus der QRL 2011 kann die Beigeladene schon deshalb weder einen Anspruch auf Kindergeld noch auf eine erweiternde Auslegung des Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des VEA i.V.m. Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls herleiten, weil diese Richtlinie für eine derartige Leistung der Familienförderung nicht gilt.

**18** Art. 29 der QRL 2011 ordnet die Gewährung notwendiger Sozialhilfeleistungen an, zu denen das Kindergeld jedoch nicht gehört (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23.10.2009 - III S 72/08 (PKH), BFH/NV 2010, 203, unter II.2.b bb, und vom 19.01.2011 - III S 44/09 (PKH), BFH/NV 2011, 598, Rz 11; Senatsurteil vom 07.04.2011 - III R 72/09, BFH/NV 2011, 1134, Rz 10 - jeweils zur Vorgängervorschrift des Art. 28 der Richtlinie 2004/83/EG; Janda in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 62 Rz A 44). Hieran ist festzuhalten, denn der Begriff der "Sozialhilfeleistungen" bezieht sich nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auf sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme, die auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene bestehen und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung seiner Grundbedürfnisse und derjenigen seiner Familie verfügt (vgl. EuGH-Urteil vom 28.10.2021 - C-462/20, EU:C:2021:894, ABlEU 2020, Nr. C 433, S. 28, Rz 34, m.w.N.). Der EuGH geht nach wie vor davon aus, dass die Unterscheidung von Leistungen der sozialen Sicherheit und Leistungen der sozialen Fürsorge bzw. Sozialhilfe im Wesentlichen von den grundlegenden Merkmalen der jeweiligen Leistung abhängt, insbesondere von ihrem Zweck und den Voraussetzungen ihrer Gewährung, nicht dagegen davon, ob eine Leistung von den nationalen Rechtsvorschriften als eine Leistung der sozialen Sicherheit eingestuft wird. Zu den vom EuGH herangezogenen Kennzeichen einer Leistung aus dem Bereich der sozialen Sicherheit gehört, dass sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands ohne jede im Ermessen liegende individuelle Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit gewährt wird (EuGH-Urteile vom 02.09.2021 - C-350/20, EU:C:2021:659, ABlEU 2021, Nr. C 462, S. 21, Rz 53 - zur Richtlinie 2011/98/EU, und in ABlEU 2020, Nr. C 433, S. 28, Rz 24 und 25 zur Verordnung Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit --VO Nr. 883/2004--), während eine Leistung, deren Gewährung u.a. von einer individuellen Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit des Antragstellers abhängt, den Fürsorgeleistungen zuzuordnen ist (EuGH-Urteil vom 15.07.2021 - C-535/19, EU:C:2021:595, ABlEU 2021, Nr. C 349, S. 4, Rz 33 - zur VO Nr. 883/2004).

**19** Entscheidend für die Einordnung als Sozialhilfeleistung bleibt somit ihre Gewährung in Abhängigkeit von einer individuellen Bedürftigkeitsprüfung. Das Kindergeld nach §§ 62, 63 EStG wird jedoch unabhängig von der Höhe des Einkommens des Kindergeldberechtigten gezahlt.

**20** 4. Ebenso wenig folgt aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG 2014 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des VEA und Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls ein Kindergeldanspruch der Beigeladenen für den Streitzeitraum.

**21** Gemäß Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des VEA haben die Staatsangehörigen eines der vertragschließenden Staaten Anspruch auf die Leistungen nach den Gesetzen und Regelungen jedes anderen vertragschließenden Staates unter denselben Bedingungen wie die Staatsangehörigen des letzteren, sofern sie seit wenigstens sechs Monaten in dessen Gebiet wohnen und nicht auf Beiträgen beruhende Leistungen (ausgenommen Leistungen bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten) in Rede stehen. Zu diesen Leistungen zählt zwar auch das Kindergeld (Art. 1 Abs. 1 Buchst. d, Art. 7 des VEA und Bekanntmachung über das Inkrafttreten sowie über den Geltungsbereich des VEA sowie des Zusatzprotokolls vom 08.01.1958, BGBl II 1958, 18, sowie Senatsurteil vom 17.06.2010 - III R 42/09, BFHE 230, 337, BStBl II 2018, 392, Rz 10). Nach Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls finden die Vorschriften des Hauptabkommens auf Flüchtlinge unter den gleichen Voraussetzungen Anwendung wie auf die Staatsangehörigen der Vertragschließenden. Art. 1 des Zusatzprotokolls bestimmt, dass der Ausdruck Flüchtling im Sinne des Protokolls die Bedeutung hat, die ihm in Art. 1 der GFK gegeben wird.

**22** Die Beigeladene verfügte seit Dezember 2016 lediglich über den subsidiären Schutzstatus. Eine Anerkennung als Flüchtling erfolgte im Streitzeitraum nicht. Sie erfüllt damit nicht die persönlichen Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des VEA i.V.m. Art. 2 Satz 1 des Zusatzprotokolls.

**23** 5. Über den Wortlaut der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen hinaus erfordert es der verfassungsrechtlich verbürgte Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht, Personen, die subsidiären Schutz beantragt haben und Leistungen nach dem AsylbLG beziehen, hinsichtlich der Kindergeldberechtigung während des laufenden Asylverfahrens den Flüchtlingen im Sinne der GFK gleichzustellen. Denn Schutzsuchenden, deren notwendiger Lebensunterhalt durch Leistungen nach dem AsylbLG gesichert wird, entsteht durch die Beschränkung der Kindergeldberechtigung typischerweise kein finanzieller Nachteil, der zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG führen könnte. Leistungen nach dem AsylbLG sind nachrangig (§ 7 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG). Kindergeld wird als Einkommen angerechnet, da in § 7 Abs. 2 und 3 AsylbLG insoweit keine Ausnahme vorgesehen ist. Eine Ausweitung der Kindergeldberechtigung brächte diesen Ausländern damit keine finanziellen Vorteile (vgl. Senatsurteile vom 28.04.2010 - III R 1/08, BFHE 229, 262, BStBl II 2010, 980, Rz 11, und in BFH/NV 2011, 1134, Rz 9; Senatsbeschluss vom 09.11.2012 - III B 138/11, BFH/NV 2013, 372, Rz 8). Das gilt auch für den Streitfall. Die Beigeladene hat letztlich keine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung dadurch erlitten, dass die Leistungen, die sie für ihre Kinder erhielt, aufgrund von Vorschriften des AsylbLG gezahlt wurden und nicht nach §§ 62 ff. EStG. Damit kann auch die Klägerin im Erstattungsverfahren keine Rechtsverletzung geltend machen.

**24** 6. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 143 Abs. 1, 135 Abs. 2 FGO. Etwaige außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht aus Billigkeitsgründen zu erstatten, denn die Beigeladene hat weder Sachanträge gestellt noch das Verfahren sonst gefördert (§ 139 Abs. 4 FGO).

Quelle: www.bundesfinanzhof.de